

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

"Presse" ou "tribune électronique"

Ker, Caroline

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2007

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Ker, C 2007, "'Presse' ou 'tribune électronique': censure et responsabilité", *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 28, p. 147-170.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DOCTRINE

« Presse » ou « tribune électronique » : censure et responsabilité

Caroline KER¹

I. Les caractéristiques du média Internet

Internet a certainement permis la pleine consécration de la liberté d'expression². Il se distingue des médias traditionnels, tels que la presse écrite, la télévision, la radio ou l'édition, par une accessibilité jusque-là inédite. Alors que les médias traditionnels demeurent pratiquement inaccessibles à la grosse majorité de la population, pages internet, forums de discussion, *blogs*, *web 2.0.*, ont popularisé la liberté d'expression, grâce à leur flexibilité, leur immédiateté, leur anonymat, leur interactivité et leur caractère peu onéreux.

Il est cependant vite apparu que cet accélérateur de l'expression publique pouvait également être à la source de nombreux abus potentiellement générateurs de dommages. La Toile est un véhicule portant les communications de la sphère privée à la tribune publique, et le pire et le meilleur peuvent monter à bord.

Elle s'est déjà, par exemple, révélée être le support idéal pour les auteurs de propos liberticides, tels que les discours racistes et xénophobes³.

Internet véhicule également des propos injurieux ou plus généralement attentatoires à la vie privée. Tout internaute pourra ainsi y consulter aisément des contrevérités, des propos *désinformatifs*, ainsi que l'énoncé de faits dévoilant gratuitement l'intimité de personnes tierces.

Comment préserver la société et les individus de tels usages faits de la tribune électronique? Le principe de la liberté d'expression est-il applicable aux propos publics électroniques? Dans l'affirmative, comment concilier l'exercice d'une telle liberté avec d'autres intérêts légitimes ou libertés fondamentales, tel que le droit au respect de la vie privée consacré par les articles 8 de la Con-

1. Chercheur au CRID.

2. Voy. p. ex. : A. LEPAGE, « Liberté d'expression, responsabilité et forums de discussion », *Comm. com. électr.*, janvier 2003, p. 18 ; P.-F. DOCQUIR, « Contrôle des contenus sur Internet et liberté d'expression au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Droit des Nouvelles Technologies*, mai 2002, p. 4, consultable sur <http://www.droit-technologie.org>.

3. Nous renvoyons le lecteur, quant à ce sujet particulier, à l'article de Y. POULLET, « La lutte contre le racisme et la xénophobie sur Internet », *J.T.*, 2006, p. 401.

vention européenne des droits de l'homme et 22 de la Constitution.

Cette liberté fondamentale fonde, selon la Convention européenne des droits de l'homme, des restrictions à l'exercice de la liberté d'expression. Ces restrictions ont été mises en œuvre par notre droit de la responsabilité civile, qui vient traditionnellement à leur secours dans le cadre des médias classiques, en cas de heurts dus à un exercice fautif de la liberté d'expression.

Cet outil de la responsabilité civile est-il à même de permettre la coexistence pacifique de la liberté d'expression et des droits individuels concurrents dans ce nouvel espace public de communication ?

Par ailleurs, ces propos électroniques diffusés publiquement doivent-ils se voir appliquer cette couche de protection ultime, enracinée dans les articles 25 et 150 de la Constitution, qui stipulent la liberté de la presse et l'interdiction de sa censure ? Les discours publics déployés sur le Net relèvent-ils de la « presse » dont question à ces articles, et une injonction de retrait de mise en ligne prononcée par le juge s'apparenterait-elle dès lors à une censure inconstitutionnelle ?

La possibilité de prononcer une telle injonction de retrait ne peut-elle en effet se révéler précieuse à l'égard de propos méchants et gratuits, préjudiciables aux intérêts de tiers ? Mais qu'en est-il en cas de plein profit tiré par des ci-

toyens de cette nouvelle tribune pour communiquer à leurs concitoyens des informations légitimes ou les fruits de l'exercice de leur esprit critique quant à des faits politiques, quant à l'action de mandataires publics ou quant aux pratiques commerciales, sociales ou environnementales de telle entreprise, par exemple ? De tels propos, qui ne manqueraient pas d'embarrasser les sujets intéressés, pourraient-ils, eux aussi, souffrir une injonction de retrait de mise en ligne sans que ne soit heurtée la volonté constituante qui sous-tend le principe d'interdiction de la censure ?

L'internet dans son ensemble doit-il relever du champ d'application de la liberté de la presse ou faut-il, au contraire, l'en exclure ? Devrait-on plutôt limiter le bénéfice de cette liberté accrue qui se destine à la presse à certains contenus électroniques exclusivement ? Quels critères dans ce cas serviraient à tracer une frontière entre les propos relevant de la « presse » constitutionnelle et ceux qui y seraient étrangers ?

La question des instruments de régulation de l'expression dans ce nouvel espace public est donc posée. Nous l'aborderons au travers de l'étude de l'applicabilité à Internet de cet outil traditionnel de régulation des médias qu'est la responsabilité civile, mais également via la définition des libertés (expression et presse) qui sont pressenties comme étant susceptibles à s'y déployer, dans la mesure où l'affirmation de telles libertés est elle-même porteuse de limites.

II. Internet, la liberté d'expression et la liberté de la presse

1. Internet et la liberté d'expression

L'applicabilité aux communications publiques se déployant sur Internet de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴, article qui consacre le principe de la liberté d'expression, ne fait pas de doute⁵. Le Conseil de l'Europe l'a explicitement confirmé⁶.

La Cour de Strasbourg n'a en effet cessé d'affirmer que la Convention était *un instrument vivant*⁷, dont la protection n'est pas conditionnée au support utilisé. Ce qui est en effet protégé par l'article 10 de la Convention, c'est le droit de *recevoir ou de communiquer des informations sans qu'il puisse y avoir d'ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières*⁸.

Cette liberté fondamentale concerne tout type d'information, quelle que soit sa forme, orale, écrite, imprimée, audiovisuelle, et tous les genres de con-

tenu sont également visés, tels que les discours politiques, les contenus artistiques, les informations commerciales⁹ ...

En conséquence, les ingérences dans la liberté d'expression exercée sur Internet seront donc soumises aux trois exigences qu'édicté le § 2 de l'article 10 de la Convention^{10,11}.

Premièrement, l'ingérence doit être prévue par une « loi », ayant « qualité » pour permettre la prévisibilité des conduites. Ainsi, il doit s'agir d'une norme obligatoire, accessible, claire et suffisamment précise¹². La jurisprudence est admise à préciser la portée exacte à donner à une telle loi, dans la mesure où elle est « nette », « abondante », « amplement commentée », « publiée » et « constante »¹³.

Ensuite, l'ingérence doit être légitime. Ainsi, elle doit poursuivre un des buts légitimes énoncés au § 2 de l'article 10, parmi lesquels figure *la protec-*

4. C.E.D.H., art. 10, § 1^{er}: *Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.*
5. P.-F. DOCQUIR, « Contrôle des contenus sur Internet et liberté d'expression au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », op. cit.
6. Voy. la déclaration du 28 mai 2003 du Conseil des Ministres sur la liberté de la communication sur l'Internet, qui rappelle l'article 10 de la Convention et précise en son premier principe que *Les États membres ne devraient pas soumettre les contenus diffusés sur l'Internet à des restrictions allant au-delà de celles qui s'appliquent à d'autres moyens de diffusion de contenus.*
7. Cour eur. D.H., *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979; Cour eur. D.H., *Cossey c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1990 (les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme peuvent être consultés à l'adresse suivante: <http://www.echr.coe.int/echr/>).
8. Cour eur. D.H., *Wingrove c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 novembre 1996.
9. E.a. Cour eur. D.H., *Casado Coca c. Espagne*, arrêt du 24 février 1994.
10. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.
11. Pour un exposé plus détaillé, voy. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, 2^e éd., Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2005, n° 220, p. 105.
12. Cour eur. D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 avril 1979, § 49.
13. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, op. cit., n° 234, p. 112, citant eux-mêmes les arrêts de la Cour européenne relatant cette jurisprudence.

tion de la réputation ou des droits d'autrui.

Enfin, l'ingérence dans la liberté d'expression doit constituer une mesure nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ce but. Elle doit, à ce titre, répondre à un *besoin social impérieux*¹⁴ et être proportionnée au but ainsi poursuivi.

Enfin, rappelons que, concernant le droit belge, doctrine et jurisprudence¹⁵ ont également confirmé la vocation de l'article 19 de la Constitution, siège de la liberté d'expression, à s'appliquer aux propos publics véhiculés sur la toile.

2. Internet, la liberté de la presse et la censure

Le bénéfice du régime de protection accrue que les articles 25¹⁶ et 150¹⁷ de la Constitution belge réservent spécifiquement à la presse peut-il être revendiqué par les internautes et qu'en est-il plus particulièrement de la constitutionnalité des injonctions de retrait de propos mis en ligne?

Si l'on s'en tient à l'approche selon laquelle la liberté de la presse mani-

feste une conception non plus seulement individuelle, mais collective, de la liberté d'expression et qu'elle consacre le droit de rendre son opinion publique et de la manifester dans l'espace public¹⁸, ne pourrait-on en déduire effectivement que tout propos exprimé sur le Net relève de la liberté de la presse et doit se voir en conséquence appliquer le régime juridique prévu par ces articles?

Une telle conclusion est cependant fort incertaine.

2.1. L'exigence d'un écrit imprimé

Une interprétation littérale des articles 25 et 150 a amené la Cour de cassation à en limiter le bénéfice à la seule presse écrite, propageant ses contenus grâce à la technique de l'impression ou à une technique analogue¹⁹. Elle invoque, à l'appui d'une telle interprétation, la linguistique constitutionnelle néerlandaise, laquelle recourt au terme *drukpers*²⁰. En est en conséquence privée la presse audiovisuelle, au motif que *ni la radiodiffusion ni les émissions de télévision ou de télédistribution ne sont des modes d'expression par des écrits imprimés; l'article 18²¹ leur est donc étranger*²². Récemment encore, dans

14. E.a. Cour eur. D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, § 48, et Cour eur. D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 2), arrêt du 26 novembre 1991, § 55.

15. Voy. en ce sens, Y. POULLET, op. cit., p. 401, ainsi que Civ. Bruxelles (réf.), 23 avril 1999, J.L.M.B. 1999, p. 1072.

16. L'art. 25 énonce que la presse est libre; la censure ne pourra jamais être établie; il ne peut être exigé de cautionnement des écrivains, éditeurs ou imprimeurs. Lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi.

17. L'art. 150 réserve au jury la compétence de juger des délits de presse, à l'exception de ceux qui sont inspirés par le racisme ou la xénophobie.

18. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, op. cit., n° 130, p. 63.

19. *Écrit imprimé ou reproduit par voie de tirages répétés, suivant un procédé analogue à celui de l'imprimerie* (Cass., 2 mars 1964, Pas., 1964, I, p. 697); cette dernière étant entendue comme un procédé permettant la reproduction mécanique, au départ d'un seul et même moule et d'une seule et même empreinte, de plusieurs exemplaires d'un même corps d'écriture. Il devra s'agir d'un moyen quelconque par lequel on parvient à reproduire sur une matière susceptible de débit ou de distribution, des paroles et des pensées coupables, de telle manière qu'à l'aide de tirages, on facilite la publicité de la chose reproduite (Cass., 25 octobre 1909, Pas., 1909, I, p. 416).

20. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, op. cit., n° 182 et s., p. 84.

21. Art. 25 actuel.

22. Cass., 9 décembre 1981, Pas., 1982, I, p. 482.

un arrêt du 2 juin 2006²³, la Cour a confirmé cette analyse.

Vu qu'ils ne doivent pas leur propagation à la technique de l'impression, les écrits déployés sur Internet ne pourraient dès lors davantage se voir appliquer le régime juridique de la presse²⁴.

Ce seul motif littéral a été mis en question par la doctrine²⁵ et la jurisprudence à l'occasion de la question audiovisuelle. L'objectif du Constituant n'était-il pas, en effet, de protéger la propagation des opinions, afin de permettre la critique et le débat publics, au-delà du seul support qui lui était connu en 1831 ?

Avant d'en venir à cette position littérale, la Cour de cassation avait elle-même, face aux nouveaux procédés de reproduction des écrits apparus au début du XX^{ème} siècle, invoqué la volonté du Congrès national de *favoriser la propagation de la pensée écrite par le mode particulièrement puissant qu'offre la presse et avait dès lors soumis, par parité de motifs, au régime dont elle doit bénéficier tout procédé de publication qui permet la reproduction d'un écrit à l'aide de tirage réitérés en faisant application de moyens d'exécution offrant une analogie avec l'emploi de la presse proprement dite ...*²⁶.

Mais, outre la difficile justification d'une exclusion de la presse électronique du champ des articles 25 et 150, eu égard à leur *ratio legis*, on peut épingle d'ores et déjà quelques absur-

dités techniques qu'une telle prise de position générerait.

L'incohérence serait la plus manifeste à l'égard des articles de presse publiés à la fois dans la presse écrite et sur Internet. Le jury et le tribunal correctionnel seraient ainsi simultanément compétents pour connaître des mêmes articles, mais chacun serait exclusivement compétent selon le support. L'éditeur pourrait voir sa responsabilité engagée dans le cadre de l'article électronique, alors qu'il échapperait à une telle responsabilité à l'égard de l'article paru dans la presse traditionnelle. Des délais de prescription différents seraient également applicables ...

Outre les difficultés pratiques que cela poserait, une telle dissonance, peu conforme par ailleurs au principe constitutionnel d'égalité, ne contribuerait certainement pas à la crédibilité de la Constitution, relativement à une liberté fondamentale des plus populaires parmi les citoyens.

Face à la *curiosité* juridique que représenterait, à l'ère de l'électronique, le maintien d'une telle interprétation anachronique de la liberté de presse, on ne s'étonne pas du fait que les juridictions de fond s'en soient déjà distancées.

Ainsi par exemple, selon le tribunal correctionnel de Bruxelles, les communications effectuées sur Internet via des *news groups* ou des forums de discussion, ainsi que sur le Web, sont suscep-

23. Cass. (1^{re} ch.), 2 juin 2006, A. & M., 2006, p. 355.

24. Voy. à cet égard : E. MONTERO, «La responsabilité civile des médias», in *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 95-134 ; Th. VERBIEST, «La presse électronique», *Droit des Nouvelles Technologies*, 10 juillet 2000, consultable sur <http://www.droit-technologie.org> ; K. LEMMENS, «Les publications sur la Toile peuvent-elles constituer des délits de presse ?», obs. sous Civ. Bruxelles (1^{re} ch.), 19 février 2004, *R.D.T.I.*, 2005, n° 21, p. 77 ; Y. POULLET, op. cit., p. 404, n° 14.

25. Not. Bruxelles (11^e ch.), 25 mai 1993, *J.T.T.*, 1994, p. 104 ; F. JONGEN, «Censure ?», obs. sous Bruxelles (9^e ch.), 21 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 425 ; J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, «Le contrôle judiciaire de la presse», A. & M., 2002, pp. 485 et s. ; Civ. Bruxelles (réf.), 4 juin 2003, A. & M., 2003, p. 308 ; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, op. cit., n° 192, p. 88.

26. Cass., 25 octobre 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 416.

tibles de constituer des *délits de presse*²⁷. Les articles 25 et 150 de la Constitution sont également invoqués comme régissant des propos électroniques²⁸.

Ces décisions invoquent l'esprit du Constituant afin de justifier leur interprétation dynamique²⁹. Mais le tribunal de première instance de Bruxelles³⁰ a, quant à lui, tenté de concilier son interprétation dynamique avec l'orthodoxie de la Cour de cassation. Dans un jugement du 19 février 2004, il invoqua ainsi courageusement que les propos repris sur des pages web avaient été *reproduits et communiqués au public par voie écrite – écrit électronique en l'espèce – et constituant, partant un délit de presse*. On doute cependant d'une conciliation aisée de cette dernière justification avec la théorie de l'impression élaborée par la Cour de cassation.

Internet constituant un outil de propagation des opinions d'une efficacité inédite, les objectifs démocratiques poursuivis par la protection accrue accordée à la presse ne commandent-ils pas que n'en soit pas exclue cette nouvelle tribune publique, au seul motif que les opinions s'y propagent sous forme de bits?

Les rapports entre Internet et libertés d'expression et de presse méritent certainement un débat bien plus large. Le limiter à des considérations de techni-

que de reproduction ferait sans conteste figure d'autisme juridique. Nous y reviendrons.

2.2. Le critère temporel de définition de la censure

À supposer même qu'il soit admis que les écrits électroniques ne soient pas exclus du champ d'application de l'article 25 pour la seule raison qu'ils seraient étrangers à la technique de l'impression, une injonction de retrait d'une mise en ligne pourrait néanmoins échapper à la qualification de censure (et au principe constitutionnel de son interdiction) en raison du sens particulier que donne la Cour de cassation à ce terme. En effet, la Cour de cassation a adopté un critère technique temporel afin de départager les limitations préventives de la liberté de presse, interdites, des mesures répressives³¹. Ainsi, selon la Cour, les injonctions du juge quant à une interdiction de poursuivre une distribution, ainsi que les mesures de retrait d'une publication, ne constituent pas des mesures préventives, car elles sont précédées d'une première diffusion. Ces mesures ne pourraient par conséquent entrer en contradiction avec le principe d'interdiction de la censure.

Ce critère temporel avait déjà es-
suyé des critiques doctrinales³² quant à sa mise en œuvre dans le cadre de la presse écrite traditionnelle. Il fut intelli-

27. Corr. Bruxelles (55° ch.), 22 décembre 1999, A. & M., 2000, p. 134; Civ. Bruxelles (réf.), 2 mars 2000, A. & M., 2001, p. 147.

28. Bruxelles (9° ch.), 20 janvier 2000, A. & M., 2000, p. 139; Civ. Bruxelles (14° ch.), 28 octobre 2005, A. & M., 2006, p. 100.

29. Si le concept de délit de presse devait être limité par l'approche de son sens littéral, une telle interprétation constituerait une méconnaissance de l'esprit du Constituant qui a voulu protéger la libre diffusion des idées et non pas la presse en tant que telle. Les messages diffusés par Internet peuvent constituer des délits de presse (Corr. Bruxelles (55° ch.), 22 décembre 1999, A. & M., 2000, p. 134).

30. Civ. Bruxelles (1° ch.), 19 février 2004, R.D.T.I., 2005, n° 21, p. 77, obs. K. LEMMENS, «Les publications sur la Toile peuvent-elles constituer des délits de presse?».

31. Cass., 29 juin 2000, J.L.M.B., 2000, p. 1589.

32. F. JONGEN, «Le juge est-il un censeur?», obs. sous Cass., 29 juin 2000, J.L.M.B., 2000, p. 1589; voy. égal. Cass. (1° ch.), 2 juin 2006, A. & M., 2006, p. 355, concl. av. gén. dél. DE KOSTER, pour un relevé détaillé des avis de la doctrine sur cette question.

gement relevé³³ que le vocabulaire de la Cour excluait que soient qualifiés de censure, durant l'Ancien Régime, *les condamnations judiciaires des nombreux ouvrages publiés à l'étranger ou sous le manteau, ainsi que les saisies et autodafés opérés en conséquence.*

Les conséquences d'une telle interprétation sur le champ d'application de l'interdiction de la censure étaient également mises en évidence. Ainsi, le moment auquel le juge des référés est saisi d'une requête d'ingérence dans une publication ou une diffusion n'est pas déterminé *par des motifs constitutionnels, mais par les modalités pratiques de fonctionnement des différents médias.* Il apparaît en effet rare pour un requérant d'être mis au courant de la publication d'un article de manière anticipative, de sorte que le juge des référés se verra en pratique saisi une fois la publication effectuée, afin de prononcer une mesure de suspension de la diffusion ou de retrait des exemplaires publiés. L'hypothèse de requêtes en référé préalables à toute diffusion n'est en fait réaliste que pour la presse audiovisuelle, la communication des programmes précédant leur diffusion. Cependant, étant donné que la Cour a exclu cette presse du champ d'application de l'article 25, il en résulte que le principe d'interdiction de la censure est en définitive pratiquement vidé de toute substance³⁴, n'étant en définitive susceptible d'être mis en œuvre dans le seuls cas de recours à l'encontre d'une publication écrite qui n'a pas encore reçu de diffusion.

La transposition de ce critère temporel au média Internet donnerait un surcroît de bien-fondé à cette conclusion. En effet, l'hypothèse d'une prise de connaissance de propos avant leur mise en ligne est peu réaliste. C'est en effet après avoir découvert sur Internet des propos qu'ils jugent préjudiciables, que les requérants recourent à l'action judiciaire³⁵. Par conséquent, circonscrire la notion de censure à la période précédant la diffusion rendrait le principe de son interdiction pratiquement inapplicable à ce média également.

Ajoutons qu'une telle exclusion pour cette seule raison serait en outre en contradiction avec le caractère souvent renouvelé de l'exercice de la liberté d'expression qui est fait sur Internet.

En effet, on pourrait expliquer cette restriction temporelle de la censure à la période strictement antérieure à la publication par le fait que l'acte de publication *épuiserait* la liberté de presse. Cela ferait ainsi écho au fait que le principe d'interdiction de la censure et celui de la répression des délits de presse, institués par la Constitution, traduisent le choix du Constituant en faveur d'un système répressif des abus de la liberté de la presse. Ce système est conçu comme une contrepartie au fait qu'il est renoncé à un système préventif de ces abus³⁶, ce dernier attendant gravement à sa fonction démocratique. Les idées et opinions doivent pouvoir être exprimées et propagées, la répression *a posteriori* des délits qui auraient été commis à cette occasion n'entravant,

33. J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 490.

34. Notons cependant que, tout comme l'art. 25, l'art. 19 n'autorise que les ingérences *a posteriori* dans la liberté d'expression; voy. sur ce point, Cass. (1^{re} ch.), 2 juin 2006, A. & M., 2006, p. 355, concl. av. gén. dél. DE KOSTER, § 47; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, n° 887, p. 534.

35. Voy. p. ex.: Corr. Bruxelles (55^e ch.), 22 décembre 1999, A. & M., 2000, p. 134; Bruxelles (9^e ch.), 20 janvier 2000, A. & M., 2000, p. 139; Civ. Bruxelles (réf.), 2 mars 2000, A. & M., 2001, p. 147; Civ. Bruxelles (1^{re} ch.), 19 février 2004, R.D.T.I., 2005, n° 21, p. 77, obs. K. LEMMENS; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 28 octobre 2005, A. & M., 2006, p. 100.

36. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, n° 882, p. 529.

quant à elle, pas leur propagation préalable.

Il apparaît cependant artificiel de considérer que la fonction démocratique de la liberté de la presse a œuvré dès la publication et qu'on peut ensuite enjoindre le retrait ou la suspension de cette publication sans entraver cette fonction. Ces ordonnances de retrait de publication s'identifient bien à des *mesures préventives qui ont pour objet d'empêcher ou de limiter la diffusion de l'information litigieuse*³⁷.

Cette circonscription de l'exercice de la liberté d'expression apparaît moins pertinente encore dans le cadre d'Internet, dont le mode de fonctionnement favorable au maintien en ligne et l'interactivité permettent de réaliser la volonté continue et renouvelée de l'auteur de propager son opinion³⁸.

N'est-ce pas d'ailleurs ce caractère continu qui meut la requête du demandeur en référé, lorsqu'il aspire à ce que soient retirés d'une page web des propos qu'il juge lui être préjudiciables? L'action vise, non pas la réparation du dommage déjà causé, mais cherche précisément à éviter que se matérialise un dommage qui résulterait du maintien en ligne de la publication. Chaque journée (voire chaque minute) de maintien de la publication est susceptible de générer un dommage supplémentaire. Son action est donc bien préventive et la requête qui y ferait droit le serait tout autant. Si le dommage résultant de

l'exercice de la liberté de la presse peut encore être provoqué, la raison n'en est-elle pas en effet que cette liberté est encore susceptible d'exercice?

À défaut, le juge des référés auquel est demandé le prononcé d'une telle injonction ne devrait-il d'ailleurs déclarer l'action non fondée? Car s'il n'est plus de dommage que l'on puisse éviter, l'urgence du retrait de la mise en ligne ferait défaut et il incomberait au demandeur de poursuivre la réparation du dommage causé.

C'est bien ce caractère continu qu'a constaté, dans une analyse relative à la prescription, le tribunal de première instance de Bruxelles, alors que lui était adressée une requête d'injonction de retrait d'un propos mis en ligne. Il releva ainsi, dans une ordonnance rendue le 2 mars 2000³⁹, *la volonté renouvelée de l'émetteur qui place le message sur un site, choisit de le maintenir ou de le retirer quand bon lui semble*, et rappela en conséquence que *l'article 25 de la Constitution s'oppose à toute intervention préalable du judiciaire* (ce qui ne l'empêcha néanmoins pas de faire partiellement droit au requérant...)⁴⁰.

En conséquence, il nous apparaît que le critère du moment de la publication dégagé par la Cour de cassation ne permet pas, à lui seul, de faire échapper une injonction de retrait de mise en ligne au grief d'inconstitutionnalité.

37. *Ibid.*

38. Voy. Y. POULLET, op. cit., p. 404, n° 16.

39. Civ. Bruxelles (réf.), 2 mars 2000, A. & M., 2001, p. 147, note M. ISGOUR, «Le délit de presse sur Internet a-t-il un caractère continu?».

40. Notons que certaines juridictions françaises (e.a. Paris, 15 décembre 1999, *Légipresse*, mars 2000, n° 169; pour un commentaire de cet arrêt, voy. M. ISGOUR, op. cit.) l'avaient précédé dans cette analyse avant que la Cour de cassation (Cass. crim., 16 octobre 2001, arrêt n° 6374, *Juris-Data*, n° 2001-011587) ne mette fin à la controverse en déclarant que le délit de presse commis sur Internet devait se voir appliquer le régime de prescription des délits instantanés. On précisera cependant qu'il a été observé que cette prise de position est déterminée par des considérations attenantes à la technique juridique présidant à la qualification de l'infraction, et au légalisme propre au droit pénal, plus que par des considérations politiques de nature à déterminer la mesure à donner à la liberté d'expression. Voy., en ce sens, la note de A. LEPAGE, in *Comm. com. électr.*, décembre 2001, p. 30.

1. La responsabilité pénale

Les discours publics attentatoires à la vie privée, la dignité, la réputation ou l'honneur d'une personne sont susceptibles d'être constitutifs de calomnie ou de diffamation et sont, à ce titre, susceptibles de poursuites pénales.

L'analyse de la responsabilité pénale du fait de ces délits outrepassant le cadre de notre exposé, nous nous bornerons à mentionner que la qualification de ces délits en délits de presse⁴¹ est ici également subordonnée au critère de l'*écrit imprimé*, bien que, nous y avons déjà fait allusion, les juridictions de fond soient actuellement enclines à accorder cette qualification à l'expression d'une opinion délictueuse par Internet.

Relevons cependant qu'une telle qualification communiquerait à ces délits le syndrome de dépenalisation *de facto* constaté en matière de *délit de presse*. Les lourdeurs du recours au jury populaire qu'une telle qualification implique ont en effet pratiquement eu raison de la détermination du ministère public à en diligenter la poursuite⁴².

Cette impunité pénale de fait contribue sans doute à la multiplication des recours civils diligentés à l'encontre de publications jugées dommageables à l'égard d'autres droits individuels⁴³. Cela donnera une résonance particulière au questionnement auquel nous nous soumettrons dans la partie sui-

vante, quant à l'aptitude du régime de la responsabilité civile à réguler adéquatement à elle seule l'exercice de la liberté d'expression sur Internet.

2. La responsabilité civile et le recours au référé

2.1. L'article 1382 du Code civil et le référé civil

Dans certains cas, une loi prohibe un usage précis de la liberté d'expression ou de presse, et la mise en œuvre de cet usage sera constitutive d'une faute pouvant impliquer la responsabilité civile de l'intéressé.

Mais même en l'absence d'une telle loi, les juridictions recourent néanmoins à l'article 1382 du Code civil afin de réguler l'exercice de la liberté d'expression et de presse, de manière à maintenir un équilibre entre cet exercice et des intérêts légitimes parfois concurrents, en particulier la protection de la vie privée et de la réputation.

Pratiquement, il s'agira pour le juge de pondérer l'exercice de chacun de ces intérêts légitimes de manière à leur permettre de coexister. Bien que ce raisonnement apparaisse quelque peu circulaire, la faute dans l'exercice de la liberté d'expression sera constituée lorsque l'auteur du message aura franchi les limites imposées par le respect d'autres droits. À cet égard, l'étalon du *journaliste normalement prudent et dili-*

41. Pour un exposé des conséquences d'une telle qualification, voy. K. LEMMENS, «Les publications sur la Toile peuvent-elles constituer des délits de presse?», *op. cit.*, p. 80, pt 2.

42. À l'exception, notable, des délits de presse inspirés par le racisme et la xénophobie, qui ont été correctionnalisés.

43. K. LEMMENS, «Les publications sur la Toile peuvent-elles constituer des délits de presse?», *op. cit.*, p. 81, pt 2, citant lui-même J. MILQUET.

gent placé dans les mêmes circonstances sert de critère déterminant de la faute. L'appréciation de la faute se fait donc *in concreto*, eu égard à l'ensemble des circonstances entourant le litige, telles que le type de média impliqué, le type de journalisme, la nature du discours incriminé, la déontologie à laquelle est soumis l'auteur, le caractère public ou non de la victime, le contexte, le public concerné ...⁴⁴.

L'ingérence dans la liberté d'expression ou de presse sera réalisée par le jugement ou l'ordonnance prononçant, le plus souvent, une condamnation à des dommages-intérêts ou enjoignant soit un retrait de publication ou de mise en ligne soit une interdiction de diffusion des textes dont l'expression est réputée fautive.

L'abus du recours à une telle application du droit de la responsabilité a été critiqué⁴⁵ eu égard à la nature casuistique et au manque de prévisibilité de cette dernière, alors que la liberté fondamentale d'expression est en cause. Sa conformité à l'exigence selon laquelle les ingérences dans l'exercice de la liberté d'expression doivent être prévues par une loi, exigence émanant du § 2 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, est plus précisément mise en doute⁴⁶.

Nous y avons précédemment fait allusion, les limitations apportées à l'exercice de cette liberté fondamentale doivent être prévues par une «loi» présentant une certaine «qualité», afin de permettre la prévisibilité des conduites, de réaliser la sécurité juridique et le principe de primauté du droit. Ainsi, *il faut d'abord que la loi soit suffisam-*

*ment accessible: le citoyen doit disposer des renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une «loi» qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé ...*⁴⁷.

L'article 1382 du Code civil ne décrit pas vraiment l'usage de la liberté d'expression qu'il prohibe, ne définissant d'autre comportement que «tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage». Aussi cette «loi» ne serait-elle pas, à elle seule, en mesure de permettre au citoyen d'être renseigné préalablement sur les normes applicables, *dans les circonstances de la cause*, à l'usage qu'il s'apprête à faire de la liberté d'expression. Ce ne sera qu'une fois le litige né, que le juge précisera cette norme générique en fonction des circonstances de la cause qui lui apparaîtront devoir conclure à l'existence d'une faute.

En sus de l'imprévisibilité de l'issue d'un tel exercice, il lui est également reproché d'exposer le juge, démuné de points de repère précis pour arbitrer un conflit d'intérêts, à sa propre sensibilité, ouvrant ainsi la voie à des jugements de valeur par nature inconciliables avec le principe de primauté du droit. La jurisprudence en résultant apparaîtrait parfois peu cohérente quant aux critères de la faute qui ont été retenus, l'habilitant par conséquent peu à

44. Pour de plus amples détails, voy. : S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, nos 937 et s., p. 571 ; E. MONTERO, *op. cit.*, p. 109.

45. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, nos 953 et s., p. 579.

46. J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 497, n° 12.

47. Cour eur. D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 avril 1979, § 49.

enrichir en retour la généralité du libellé de l'article 1382⁴⁸.

Le recours au juge des référés, en vue de voir enjoindre le retrait d'une publication ou l'interdiction de sa diffusion, publication accusée de générer fautivement un dommage, apparaît plus polémique encore.

L'urgence dans laquelle les juges des référés, qui statuent parfois sur requête unilatérale, et en l'absence de dommage constaté, doivent en effet s'appliquer à dégager une évidente *apparence de faute* garantit moins encore l'application d'un droit prévisible et est susceptible de conditionner davantage encore le résultat de l'exercice casuistique à la sensibilité humaine, personnelle et momentanée du juge. Alors même que, bien que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ne consacre pas explicitement le principe d'exclusion des mesures préventives dans la liberté d'expression, la Cour européenne exige néanmoins un surcroît de rigueur dans la vérification de la nécessité de telles mesures, estimant qu'elles présentent de *si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux* (arrêt *Sunday Times* n° 2 du 26 novembre 1991)⁴⁹. Or, il a été relevé que, loin de manifester ce surcroît de rigueur, les ordonnances prononcées ne font même pas toujours état ni du but légitime que doit poursuivre toute ingérence, ni du *besoin social impérieux* les rendant nécessaires⁵⁰.

Mais l'objection la plus redoutable adressée au prononcé de mesures restrictives par le juge des référés est son

inconstitutionnalité eu égard à l'article 25, qui prohibe la censure. Les juridictions se sont d'ailleurs divisées à ce sujet⁵¹, certaines refusant effectivement de s'immiscer dans l'exercice de la liberté de la presse.

La Cour de cassation s'est prononcée sur la mise en œuvre de l'article 1382 du Code civil par le juge des référés au sujet d'une requête de retrait d'une publication écrite, dans un arrêt du 29 juin 2000, *Doutrève c. Ciné-Télérevue*⁵².

La Cour contourna l'objection d'inconstitutionnalité de l'intervention du juge des référés dans l'exercice de la liberté de presse en déniant la qualification de censure à l'injonction de retrait qui avait été prononcée à l'encontre de la publication écrite en cause, au motif qu'elle avait déjà fait l'objet d'une diffusion⁵³. Partant, l'article 25 devenant inapplicable en l'espèce, il ne pouvait y avoir de contradiction avec cet article.

L'écueil posé par l'inconstitutionnalité de la mesure ainsi écarté, la Cour indiqua que l'article 144 de la Constitution et les articles 584 et 1039 du Code judiciaire, lesquels habilitent le pouvoir judiciaire à réparer et à prévenir la lésion de droits civils et donnent compétence au juge des référés d'ordonner, en vertu de l'urgence, des mesures nécessaires à la conservation de ces droits, fournissaient une base légale suffisante à la décision du juge en référé.

L'article 1382 justifierait, quant à lui, les mesures enjointes à l'auteur

48. J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 455, n°s 10 et s.; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 573, n° 941.

49. J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 493, n° 8; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 532, n° 886.

50. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 540, n° 894.

51. Pour un relevé de jurisprudence, voy. J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 486, n°s 2 et 3; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 536, n°s 889 et s.

52. Cass., 29 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1589.

53. Voy. *supra*, pt 2.2.

d'une faute de faire cesser cet état préjudiciable aux droits du demandeur.

Cette conclusion apparaît peu pertinente, dans la mesure où ce n'est pas *en soi* la compétence du juge des référés qui est contestée, mais bien le principe des mesures restrictives de la diffusion ou de la publication d'un acte de presse (qui, de fait, sont prononcées par ces juges).

Peu dupe de la manière dont la Cour a contourné l'objection d'inconstitutionnalité, une partie de la doctrine persiste à dénoncer l'incompatibilité du recours au référé au vu des exigences de l'article 25 de la Constitution⁵⁴.

Les dispositions procédurales du Code judiciaire et de la Constitution, convoquées pour justifier l'ingérence du juge dans l'exercice de la liberté de presse, sont par nature applicables en toutes matières et ne pourraient être interprétées comme dérogeant à la norme de droit matériel contenue à l'article 25 de la Constitution, norme spécifique et hiérarchiquement supérieure.

Par ailleurs, ni l'article 1382 du Code civil, qui ne constitue que le droit commun de la responsabilité et n'institue qu'un principe de sanction *a posteriori*, ni les textes du Code judiciaire, qui ne sont que des lois de compétence et non de fond, ne sont reconnus aptes à permettre la prévisibilité des conduites requise par le § 2 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

2.2. L'opinion de la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire Leempoel

L'analyse de la Cour de cassation a été soumise à la Cour de Strasbourg, *Ciné-Télérevue* lui ayant soumis son dossier⁵⁵.

Si l'arrêt *Leempoel c. Ciné-Revue* ne conclut pas à l'incompatibilité de la méthode avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, sa lecture laisse cependant apparaître que des points essentiels de la polémique restent en suspens. Elle nous fournira, en outre, l'occasion de nous interroger sur le caractère prévisible de l'ingérence, constituée sur base de l'article 1382 du Code civil, dans l'exercice de la liberté d'expression sur Internet, média auquel les faits de l'affaire *Leempoel* étaient étrangers.

a) Quant à la constitutionnalité des mesures préventives

La constitutionnalité des mesures restrictives prononcées par le juge n'a pas été analysée par la Cour, qui, rappelant qu'il appartient en premier lieu aux juridictions nationales d'interpréter le droit interne⁵⁶, s'en est remise à l'appréciation faite sur ce point par la Cour de cassation. Or, rappelons que la Cour de cassation avait en quelque sorte contourné cette question en considérant qu'il n'était pas, selon elle en l'espèce, question de censure et que la question de la constitutionnalité ne se posait donc pas. L'arrêt avalise ensuite également le principe de compétence du juge des référés, s'en remettant ici

54. J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*; P. MARTENS, «Le juge peut-il être censeur?», *A. & M.*, 2003, p. 343; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, n° 892, p. 538.

55. Cour eur. D.H., *Leempoel et Ciné-Revue c. Belgique*, arrêt du 9 novembre 2006; pour une analyse de cet arrêt, voy.: N. BONBLED et M. LYS, «L'affaire *Leempoel* et *Ciné Revue*: le mot de la fin?», *J.T.T.*, 2006, p. 789; L. COSTES et J.-B. AUROUX, «Ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression», *Rev. Lamy Droit de l'Immatériel*, février 2007, p. 44.

56. «Rappelant que, selon sa jurisprudence constante, il incombe au premier chef aux autorités nationales d'interpréter et d'appliquer le droit interne, la Cour n'aperçoit aucun motif de s'écarter en l'espèce des conclusions de la Cour de cassation» (§ 57).

aussi aux conclusions de la Cour de cassation sur ce point (§ 57 *in fine*).

Cette conclusion nous semble insatisfaisante. On convient bien entendu que la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas à s'arroger le rôle d'une Cour constitutionnelle. Cependant, dans l'hypothèse où une loi, invoquée comme étant la base légale d'une ingérence dans la liberté d'expression, serait inconstitutionnelle, il en résulterait qu'une ingérence fondée sur cette norme ne pourrait satisfaire à l'exigence de légalité⁵⁷. Or, la vérification de satisfaction à cette exigence de légalité relève en revanche bien de la compétence de la Cour européenne.

On peut objecter également que, même en l'absence de l'inconstitutionnalité déclarée d'une telle loi, le fait que de forts soupçons pèsent sur sa constitutionnalité, ruine à lui seul la qualité de prévisibilité attachée à l'exigence de légalité⁵⁸. Or précisément, les hésitations et les contradictions de la jurisprudence⁵⁹ et de la doctrine⁶⁰ sur ce point jettent des doutes sur cette base légale utilisée comme fondement de mesures restrictives qui ne se bornent pas à réprimer *a posteriori* un exercice donné de la liberté d'expression⁶¹. Car, seule une jurisprudence « nette », « abondante », « amplement commentée », « publiée » et « constante » serait en mesure de satisfaire à l'exigence de légalité telle que définie par la jurisprudence du Conseil de l'Europe⁶².

b) Quant à la satisfaction de l'article 1382 du Code civil à l'exigence de légalité de la restriction apportée à la liberté d'expression

La Cour n'a pas formulé d'objection quant à l'aptitude de l'article 1382 du Code civil à justifier une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression qui satisfasse à l'exigence de légalité.

L'« analyse » menée à cet effet manifeste cependant une certaine souplesse d'appréciation, voire une démission de la Cour. Ainsi, dans l'affaire *Thoma c. Luxembourg*⁶³ déjà, la Cour s'était bornée à constater qu'en vertu de l'article 1382, le requérant *pouvait prévoir, à un degré raisonnable, que les propos diffusés au cours de son émission ne le mettraient pas à l'abri de toute action à son encontre, de sorte que l'ingérence peut être considérée comme étant prévue par la loi.*

L'arrêt *Leempoel*, plus récent, n'apporte pas plus de lumières que l'arrêt *Thoma*. Ainsi, on s'y limite à énoncer qu'il existait aussi des précédents en matière de presse télévisée et que *les requérants – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – pouvaient donc prévoir à un degré raisonnable, les conséquences pouvant résulter de la publication de l'article litigieux (§ 59)*⁶⁴.

Comment en effet concilier cette souplesse avec l'interprétation qu'avait

57. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, n° 235, p. 12.

58. Voy. *supra*, pt II, 1.

59. Pour un relevé de jurisprudence *pro et contra*, voy. J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*, n°s 2, 3 et 5; voy. égal. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 536, n°s 889 et s.

60. Pour un relevé de doctrine *contra*, voy. concl. av. gén. dél. DE KOSTER, §§ 49 et s., dans Cass. (1^{re} ch.), 2 juin 2006, A. & M., 2006, p. 355.

61. Rappelons en effet que la Cour admet que la jurisprudence puisse venir au secours de la clarté de la « loi » à condition qu'elle soit « nette », « abondante », « amplement commentée », « publiée » et « constante ».

62. Voy. *supra*, pt II, 1.

63. Cour eur. D.H., *Thoma c. Luxembourg*, arrêt du 29 mars 2001, § 53.

64. Outre le caractère succinct d'une telle justification, l'argument dénote également un certain manque de pertinence dans la mesure où, faut-il le rappeler, la Cour de cassation ne réserve pas le même régime de protection à la presse audiovisuelle qu'à la presse écrite.

fournie la Cour de l'exigence de légalité dans l'arrêt *Sunday Times*? Ainsi, rappelons que, «aux yeux de la Cour, les deux conditions suivantes comptent parmi celles qui se dégagent des mots 'prévues par la loi': le citoyen doit disposer des renseignements suffisants, *dans les circonstances de la cause*, sur les normes juridiques *applicables à un cas donné*. En second lieu, on ne peut considérer comme une 'loi' qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les *circonstances de la cause*, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé»^{65,66}.

Il semble en fait que, bien plus que le principe général de responsabilité civile, ce soit surtout l'ensemble des prescrits déontologiques maîtrisés par les journalistes, ainsi que sa propre jurisprudence relative aux «devoirs et responsabilités»⁶⁷ présidant à l'exercice de la liberté d'expression, qui ont induit la Cour à ne pas conclure à l'imprévisibilité de l'ingérence.

Elle rappelle ainsi, dans le titre relatif à l'analyse de l'exigence de la légalité, que *l'on doit attendre de professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier, qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques pouvant résulter de leurs actes* (§ 59).

C'est surtout dans l'analyse de la satisfaction de l'ingérence à l'exigence

de nécessité que sont déclinées des normes de comportement⁶⁸, élaborées au travers de la jurisprudence de la Cour quant à ces «devoirs et responsabilités», et qui, n'ayant pas été observées *in casu* par les journalistes, ont donc fait conclure la Cour à la nécessité de l'ingérence dans leur liberté d'expression.

Ces normes, bien qu'elles ne semblent être invoquées qu'à l'appui de l'analyse de la Cour quant à l'exigence de nécessité de l'ingérence, déterminent cependant et manifestement l'analyse relative à sa prévisibilité, dans la mesure où elles sont invoquées comme constitutives d'un cadre entourant l'exercice de la liberté d'expression par les journalistes.

On constate donc que la «loi» au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme s'appuie également sur des normes d'autorégulation propres à un secteur et non à des textes réglementaires émanant des autorités publiques. C'est ainsi indirectement, à travers le critère du bon père de famille, qui fonde l'appréciation de la faute dans le cadre de l'application de l'article 1382 du Code civil, que ces textes d'autoréglementation sont reçus par l'ordre juridique. D'autre part, la «loi» s'appuie également sur les normes de comportement dégagées par la Cour elle-même quant à l'exercice de la fonction journalistique, normes qui donc sont, en quelque sorte, également reçues dans l'ordre juridique interne, vu qu'elles participent à la satisfaction de l'exigence de léga-

65. Cour eur. D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 avril 1979, § 49.

66. Nous soulignons.

67. «L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire».

68. §§ 66 et s.

lité de l'ingérence faite dans la liberté d'expression.

Le fait que les normes de comportement qui jalonnent l'appréciation faite de la satisfaction à l'exigence de nécessité de l'ingérence *rétro-influent* sur l'analyse de sa légalité apparaît étrange, dans la mesure où l'exigence de légalité de la restriction est supposée être chronologiquement la première à souffrir l'analyse de la Cour, en conséquence de quoi, s'il devait être conclu qu'il n'y est pas satisfait, l'analyse ne devrait pas aller plus loin. La restriction serait déclarée irrespectueuse de la Convention, sans que ni la troisième exigence de la nécessité, ni les normes de comportement convoquées à cette occasion, ne doivent être abordées⁶⁹.

On relève cependant la nécessité opportune (mais pas nécessairement illégitime) dans laquelle se trouve la Cour de procéder de la sorte. Si la Cour devait en effet conclure que le principe général de la responsabilité civile⁷⁰ ne constitue pas une norme suffisamment prévisible, elle désarmerait l'État signataire de l'outil majeur auquel il a coutume de recourir afin de faire cohabiter les différents droits fondamentaux, un tel exercice nécessitant un instrument de régulation souple. La Cour est elle-même dépendante d'une telle base juridique en droit national, si elle veut pouvoir y articuler ses propres normes relatives aux «devoirs et

responsabilités» à observer dans l'exercice de la liberté d'expression, en particulier le respect des autres droits fondamentaux, dont elle est également la gardienne.

L'écueil que rencontre une telle démarche est qu'elle est tributaire des critères de la faute selon l'article 1382. Ainsi, si les «devoirs et responsabilités» ne sont pas connus et maîtrisés par l'intéressé (p. ex., lorsque l'expression est celle d'un simple citoyen blogueur), la faute sera plus difficilement dégagée et cette mécanique d'équilibrage, via la mise en œuvre de la responsabilité civile, de l'exercice de la liberté d'expression avec d'autres intérêts légitimes serait enrayée. Si la faute était malgré tout constatée par le juge, pour lui permettre de préserver l'intérêt concurrent, en dépit de l'absence de normes concrètes venant en complément de l'article 1382, l'ingérence que constitue alors la mise en œuvre de la responsabilité civile nous apparaîtrait exposée au vice d'imprévisibilité à défaut de pouvoir s'appuyer sur les normes de la profession qui, seules, donnent au recours à l'article 1382 du Code civil un caractère prévisible.

La connaissance très relative des internautes quant à leurs devoirs dans l'exercice de la liberté d'expression, quant au fonctionnement même de ce nouveau média, ainsi que leur conscience relative des conséquences possibles de leurs actes, seraient suscepti-

69. K. LEMMENS relevait déjà que dans certains cas, la Cour tient à constater *prima facie* que la condition de prévisibilité a été respectée. Le contexte présidant à cette observation était cependant très différent, car l'ingérence y est dans ce dernier déclarée incompatible avec le critère de la nécessité. La démarche de la Cour est par conséquent neutre du point de vue casuistique, car la conclusion de l'affaire aurait été la même en cas de contrôle effectif réalisé en amont du critère de la légalité (K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 184, n^{os} 213 et 214); dans le même sens: A. DEBET, «Un an de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de communication», *Comm. com. électr.*, décembre 2006, p. 23, pt 8.

70. Elle rappelait même à cet égard, dans l'arrêt *Leempoel*, les termes du pt 14 de la Résolution 1165 (1998) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit au respect de la vie privée, qui invite notamment (rubriques i, ii et vii) les États à garantir la possibilité d'intenter une action civile pour permettre à la victime de prétendre à des dommages et intérêts, en cas d'atteinte à sa vie privée ... et de prévoir une action judiciaire d'urgence au bénéfice d'une personne qui a connaissance de l'imminence de la diffusion d'informations ou d'images concernant sa vie privée (§ 66).

bles de déboucher sur la constitution d'un tel cas de figure.

En conséquence, on ne peut, nous semble-t-il, déduire de la seule circonstance que l'article 1382 du Code civil se soit vu reconnaître «qualité» à justifier des ingérences dans l'exercice de la liberté d'expression par des journalistes professionnels, qu'il constitue également une base légale suffisante à réguler l'exercice de la liberté d'expression par l'ensemble des acteurs d'Internet et ce, en dehors du cercle restreint de l'expression journalistique au sens professionnel du terme.

L'influence des circonstances de l'espèce sur l'analyse de la qualité de la «loi» prévoyant l'ingérence est en fait confirmée par la Cour⁷¹ : «la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires ... Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte».

Faut-il dès lors en conclure que, à défaut de limites à l'exercice de la liberté d'expression qui soient «maîtrisées» par les intéressés dans la mesure où ces limites trouvent leurs fondements dans des normes professionnelles explicites et effectives, ils ne pourraient se voir opposer de restrictions dans cet exercice, sur base de l'article 1382, conclusion qui ne manquerait pas de mettre en péril le droit au respect de la vie privée? Le bon sens nous porte évidemment à répondre par la négative à

cette question, question sur laquelle nous reviendrons ultérieurement, lors d'une réflexion relative à une modulation du degré de protection des discours en fonction de leur nature.

2.3. Application des instruments de régulation des médias à Internet

Internet, de par ses caractéristiques, induit une extraordinaire diversification des acteurs de la communication publique électronique et des discours publics, ceux-là étant caractérisés par une conscience extrêmement variable des limites de leur liberté d'expression, du fonctionnement de ce média, et des dommages potentiels qui peuvent découler de son usage.

L'atomisation des *circonstances propres au cas d'espèce*⁷² risque à présent d'être en effet illimitée, et la prévisibilité reconnue à l'ingérence fondée sur l'article 1382 apparaît illusoire lorsque ne s'y articule aucune norme de comportement accessible qui soit propre aux circonstances de l'espèce.

Comment, en effet, un quidam dévoilant une opinion sur un blog, un site personnel ou un forum de discussion pourra-t-il, par exemple, s'assurer au préalable de l'absence d'un *besoin social impérieux*⁷³ susceptible de faire exception à une liberté d'expression dont il croit bénéficier? Comment appréciera-t-il l'intérêt légitime pour le public de connaître l'information à communiquer et ainsi à revendiquer le bénéfice de la liberté de la presse? Comment pourra-t-il en mesurer l'exercice eu égard au respect de la vie privée d'autrui ou de son droit à la réputation?

71. Cour eur. D.H., *Tourancheau et July c. France*, arrêt du 24 novembre 2005, §§ 55 et 56.

72. Cour eur. D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 avril 1979, § 49.

73. Cour eur. D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, § 48.

Comment apprécier le degré minimal de véracité dont ne s'affranchit pas tout *blogueur normalement prudent et diligent*? Si on se réfère au critère classique de la faute, exigera-t-on la même prudence du *journaliste* électronique profane que du *journaliste* professionnel?

Qu'en sera-t-il, hormis certains cas d'école dans lesquels l'abus sera manifeste et l'insécurité juridique difficilement plaidable, des nombreux cas équivoques dans lesquels les multiples circonstances entourant le litige seront autant de critères déterminant la faute et la responsabilité d'un internaute donné dans l'exercice de la liberté d'expression?

La jurisprudence n'en résultera-t-elle pas plus disparate encore et d'une aptitude plus limitée à venir affiner la généralité de l'article 1382, afin d'individualiser davantage selon les circonstances de l'espèce?

Sous un angle préventif, les acteurs, ne pouvant s'en référer à des balises relativement précises de leur liberté d'expression, risquent de heurter les intérêts de tiers quand ils en font usage. Alternativement, ils pourraient préférer s'autocensurer à défaut d'être en mesure de juger au préalable des conséquences juridiques susceptibles d'en découler⁷⁴.

Ne s'en remettre qu'à l'article 1382 du Code civil et à l'appréciation du juge, à présent dépourvu de tout point de repère, pour réguler, pour aménager l'espace électronique de manière à ce que libertés et intérêts particuliers puissent y coexister pacifiquement, apparaît téméraire.

La crainte ainsi formulée résonne davantage encore eu égard à l'hyper-trophie des propos rendus publics et au boulevard que la tribune électronique ouvre à la critique publique, les désirs de censure risquant d'affluer vers le juge. Or, en raison du fait que les propos confiés à Internet y ont une durée de vie potentiellement illimitée, le recours au juge des référés ne risque-t-il pas de tendre à se systématiser? En France, les praticiens du droit constatent déjà que le juge des référés constitue le juge naturel de l'internet⁷⁵, lorsqu'il ne s'agit pas des fournisseurs d'accès eux-mêmes ou des modérateurs de forums de discussion, appelés via leurs *hotlines* à intervenir immédiatement. La censure devient alors purement privée.

Alors qu'Internet était censé permettre à tous de participer au débat public, on assisterait parallèlement à un recul de la liberté d'expression en conséquence de l'insécurité juridique qui grèverait son exercice.

IV. Des pistes pour la régulation d'Internet

L'environnement «régulateur» que nous avons approché semble, tel quel, peu à même d'aménager l'espace pu-

blic de manière à y faire cohabiter la liberté d'expression et le respect dû à la vie privée.

74. Voy. à ce sujet, K. LEMMENS, «Se taire par peur: l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression», A. & M., 2005, p. 32.

75. «Blogs 2.0: le régime juridique applicable aux blogueurs», 6 décembre 2005, consultable sur http://avocat.blogs.com/avocatblog/droit_des_ntic/index.html (dernière consultation le 3 mai 2007).

La mise en œuvre de l'article 1382 sans normes concrètes de comportement pour orienter le juge, risque de battre en brèche la liberté d'expression. Alternativement, se garder de réprimer les abus, à défaut de normes prévisibles permettant de dégager une faute, heurtera le respect dû à la vie privée.

La nécessité de développer des initiatives régulatrices de la liberté d'expression sur Internet est manifeste. Il convient, en définitive, de s'interroger sur des méthodes complémentaires de prévention et de règlement des litiges susceptibles de survenir. Une réflexion sur les fondements de la liberté d'expression et de la liberté de la presse est également nécessaire, afin de dispenser et de réserver à l'objectif dont ces libertés sont l'instrument les soins juridiques nécessaires.

1. L'éducation aux médias

L'éducation aux médias, et à Internet en particulier, apparaît incontournable. Elle préviendra les abus, mais elle permettra en outre de conférer à la mise en œuvre de l'article 1382 le caractère prévisible qui lui fait défaut, dans la mesure où elle se réfère à des règles déontologiques claires et précises (p. ex. dans le cas de chartes d'utilisation de l'internet développées par des écoles et objets de présentation aux étudiants).

Relevons ainsi cette initiative française en matière d'éducation aux mé-

dias, où l'apprentissage des technologies de l'information et de la communication est initié dès l'école fondamentale⁷⁶. Ainsi, parmi les nombreuses initiatives de l'Éducation nationale en la matière, il est entrepris de faire signer à chaque élève une *Charte d'utilisation de l'internet, des réseaux et des services de multimédia au sein de l'établissement*⁷⁷. Cette initiative à visée pédagogique consiste à tirer parti de la mise à disposition des élèves de services de technologie de l'information et de la communication pour les sensibiliser à leurs devoirs et responsabilités d'internautes et les éduquer au civisme et à la citoyenneté électroniques. La signature de cette charte par l'élève « utilisateur » a pour effet de le responsabiliser, au moins sur un plan psychologique, en ce qu'il y prend l'engagement de respecter l'environnement normatif entourant son activité sur le réseau et détaillé dans la charte (propriété intellectuelle, vie privée et droit à l'image, diffamation, messages à caractère raciste, pédophile ou pornographique, données à caractère personnel ...).

En Belgique, des outils pédagogiques relatifs à l'apprentissage général des médias et des technologies de l'information sont mis à disposition des intervenants, leur mise en œuvre dans les écoles étant cependant soumise à la volonté des pouvoirs organisateurs. Citons, à ce titre, *Safer-Internet*⁷⁸, qui traduit un programme européen⁷⁹, *Clicksafe*⁸⁰, *Educauner*⁸¹ ... Des réflexions et des initiatives ont également

76. Voy. le site web du ministère français de l'Éducation nationale: http://www2.educnet.education.fr/sections/primaire/usage_primaire/primtice4551.

77. http://www2.educnet.education.fr/educnet/sections/technique/creer/publication-en-ligne/publication_en_ligne1095.

78. <http://www.saferinternet.be>.

79. http://www.saferinternet.be/docs/03_sy0506.pdf.

80. <http://www.clicksafe.be>.

81. <http://www.educauner.be>.

été entreprises au niveau des entités fédérées⁸².

2. L'autorégulation

Le recours à l'autorégulation est une voie de régulation qui est déjà privilégiée par la Commission européenne⁸³, par le Conseil de l'Europe⁸⁴, ainsi que par le Haut Commissariat des Nations unies pour les droits de l'homme, dans les domaines particulièrement sensibles de la cybercriminalité, des actes de racisme et de xénophobie⁸⁵ et de la protection des mineurs.

Notons aussi l'initiative nord-américaine de l'*Electronic Frontier Foundation*, organisation privée œuvrant à la protection de la liberté d'expression des internautes, de rédaction d'un guide juridique⁸⁶ pour les bloggers. Soulignant ainsi que «The difference between you and the reporter at your local newspaper is that in many cases, you may not have the benefit of training or resources to help you determine whether what you're doing is legal. And on top of that, sometimes knowing the law doesn't help - in many cases it was written for traditional journalists, and the courts haven't yet decided how it applies to bloggers», l'EFF relate pé-

dagogiquement les questions juridiques susceptibles de découler de l'exercice de la liberté d'expression sur les blogs. Elle réserve notamment un dossier spécifique à certains types d'activités, afin d'adapter ses conseils aux différentes activités que l'internaute pourrait déployer sur Internet, ainsi qu'à la qualité en laquelle il agit (*report news, student blogging, blogging about political campaigns, workplace blogging, adult-orientated content*).

Autre initiative autorégulatrice est le *Bloggers' Code of Ethics*⁸⁷, édité par *cyberjournalist.net*, initiative du directeur de rédaction du site web de la chaîne journalistique canadienne CBC, qui s'inspire de la déontologie des journalistes professionnels (le *Society of Professional Journalists Code of Ethics*) pour l'adapter aux particularités du blog.

Relevons enfin, en France, ce guide d'utilisation des blogs réalisé par le *Forum des droits de l'Internet*, nommé «je blogue tranquille ...»⁸⁸, organisme indépendant, de statut associatif, qui réunit des acteurs publics et des associations et protagonistes privés de la société de l'information autour du travail d'élaboration de normes pour Internet.

82. Voy. le site du Centre de Ressources des Espaces Publics Numériques de Wallonie: http://www.epn-ressources.be/?page_id=8; le plan stratégique de la Communauté française en matière d'intégration des TIC: <http://www.enseignement.be/prof/dossiers/tice/cf/index.asp>; ainsi que les outils déployés par la Région flamande: <http://www.ond.vlaanderen.be/ict>.

83. Voy., à propos du plan d'action pour la promotion d'une utilisation sûre de l'internet par la lutte contre les contenus illégaux et dommageables sur les réseaux internationaux, adopté par la Commission: <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l24190.htm>.

84. Voy., p. ex., la Recommandation Rec(2001)8, du 5 septembre 2001, du Comité des Ministres aux États membres sur l'autorégulation des cyber-contenus (l'autorégulation et la protection des utilisateurs contre les contenus illicites ou préjudiciables diffusés sur les nouveaux services de communication et d'information), disponible à l'adresse suivante: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2001\)8&Sector=secCM&Language=lanFrench](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2001)8&Sector=secCM&Language=lanFrench), ainsi que la Convention du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité, disponible à l'adresse suivante: <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/185.htm>.

85. Voy. à ce sujet, Y. POULLET, op. cit., n°s 2 et s., ainsi que T. MC GONAGLE, «La corégulation des médias en Europe: la possible mise en pratique d'une idée immatérielle», *IRIS Plus - Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, 2002/10, consultable sur: <http://www.obs.coe.int>.

86. Ce guide peut être consulté à l'adresse suivante: <http://www.eff.org/bloggers/lg>.

87. Ce code peut être consulté à l'adresse suivante: <http://cyberjournalist.net/news/000215.php>.

88. http://www.foruminternet.org/activites_evenements/lire.php?id=122.

Le guide est rédigé en termes clairs et pratiques et rappelle ainsi les obligations entourant la création d'un blog, ainsi que son utilisation. Il tente d'apporter un contenu plus concret aux notions de liberté d'expression et d'abus de celle-ci (*Que dois-je déclarer lors de la création de mon blog? Puis-je mettre les photos de mes amis sur mon blog? Suis-je responsable des messages postés publiquement sur mon blog?*). Il renvoie également à d'autres fiches didactiques du site du *Forum*, qui sont actualisées en fonction de l'actualité jurisprudentielle, procédant d'un travail de vulgarisation pédagogique destiné à rendre cette dernière effectivement « accessible ».

3. Le droit de réponse

Le « droit de réponse »⁸⁹ pourra également favoriser l'exercice simultané des différents droits fondamentaux. Il sera ici également nécessaire, au préalable, de s'affranchir des interprétations littérales des législations issues de l'ère *pré-électronique*, car la mise en œuvre de ce droit est également conditionnée au support utilisé⁹⁰. Mais l'éducation aux médias pourrait également contribuer à l'intériorisation par les internautes d'une tradition d'ouverture à la contre-critique, ce qui permettrait d'éviter de recourir préalablement au juge pour mettre en œuvre le droit de réponse.

4. Un critère qualitatif pour la presse

Face à l'inflation d'excès dont Internet pourrait être le creuset, on pourrait

craindre que les juges s'accoutument à la méthode d'injonction de retrait de discours en ligne. Le fait que les juges soient enclins à céder à ces demandes lorsqu'ils font face à des propos dont la puissance dommageable et l'illégitimité ne font aucun doute, est compréhensible.

La crainte serait de voir ces injonctions de retrait de mise en ligne se banaliser et engourdir quelque peu la vigilance des juges dès lors accoutumés, quant au fait que le principe d'interdiction de la censure est en jeu. L'ensemble des propos et opinions émis sur Internet risquerait en conséquence d'échapper *de facto* à ce principe, quel que soit leur contenu.

L'adoption d'un critère est donc nécessaire afin d'encadrer ces ingérences dans la liberté d'expression exercée sur Internet, de manière à les rendre respectueuses du principe d'interdiction de la censure, dans les cas où la finalité poursuivie par l'octroi d'une protection accrue à la « presse » par la Constitution est en jeu.

Une réflexion devra donc être menée quant à la définition de la presse visée par la Constitution : quel est l'objet de la protection spéciale des articles 25 et 150 de la Constitution ? Les discours publics électroniques sont-ils susceptibles de relever de cet objet ?

Est-ce vraiment la liberté de la technique d'impression que le Constituant a désiré proclamer avec tant de solennité ? L'application du critère de *l'écrit imprimé* de la Cour de cassation, qui est centré sur le média lui-même (le

89. Voy. à cet égard la Recommandation du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 (2006/952/CE) sur la protection des mineurs et de la dignité humaine et sur le droit de réponse en liaison avec la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information en ligne, disponible à l'adresse suivante : <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l24030a.htm>.

90. Voy. l'étude réalisée sur le sujet par l'Observatoire des Droits de l'Internet, 5 septembre 2006, disponible sur http://www.internet-observatory.be/internet_observatory/pdf/advices/advice_fr_005.pdf; voy. aussi Th. VERBIEST, op. cit.

média écrit imprimé relève en soi de l'art. 25 de la Constitution, le média audiovisuel en est exclu), aboutit soit à exclure Internet et tous les propos qu'il véhicule de ce régime de protection, soit à l'en faire relever dans son intégralité.

L'application négative de ce critère, en ce qu'il aboutirait à exclure l'ensemble des propos publics véhiculés par Internet de la liberté de la presse, au seul motif qu'ils sont électroniques, serait dépourvue de toute crédibilité. En revanche, l'hypothèse selon laquelle Internet satisferait à ce critère ne serait pas davantage satisfaisante, une telle conclusion mettant en danger d'autres intérêts légitimes, et en particulier le respect de la vie privée⁹¹.

Le critère du moment de la diffusion n'est pas davantage approprié, en ce qu'il aboutirait à faire échapper l'ensemble des propos électroniques de la protection constitutionnelle.

Le caractère inadéquat de ces deux critères est en définitive manifeste. Leur combinaison tend par ailleurs à priver la presque totalité des discours publics, qu'ils soient exprimés par écrit ou par la voie audiovisuelle, de la protection contre la censure, ce qui n'est manifestement pas conforme aux vues du Constituant et procède d'une abrogation implicite d'une disposition de la Constitution.

On n'est, en revanche, pas davantage convaincu par l'hypothèse d'un déploiement plein et entier de la liberté de presse sur Internet, du seul motif de son aptitude exceptionnelle à propager les contenus qui lui sont confiés⁹². Cela aboutirait à se priver d'être en mesure d'arbitrer l'exercice conjoint de la liberté d'expression et du droit au respect de la vie privée, ce qui n'est assurément pas davantage fidèle à la volonté de préservation d'une société démocratique, à laquelle tendent les libertés fondamentales.

On ne pourra en définitive définir adéquatement le champ d'application du principe de l'interdiction de censure, conçu comme le degré maximal de protection de la liberté d'expression, sans s'interroger sur l'objectif⁹³ poursuivi par ce principe. Une définition qualitative et fonctionnelle de la presse visée à l'article 25 de la Constitution en résulterait, ce qui permettrait de s'assurer de protéger les discours participant à cet objectif, tout en se donnant en même temps les moyens de prévenir les dommages que pourraient générer ceux qui y sont étrangers, quel que soit le véhicule qu'ils empruntent.

Ce ne sera d'ailleurs pas la première fois qu'Internet aurait l'avantage de provoquer une réflexion débouchant sur un constat de convergence technologique impliquant pour le législateur de privilégier le critère du contenu par

91. La France a aligné le régime des droits et obligations applicables à l'expression publique sur Internet sur celui applicable à la presse en général par les dispositions de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Cette loi déclare que «la communication au public par voie électronique est libre» et énumère les seules raisons pouvant présider à toute restriction qui y serait apportée, et étend l'application de la loi sur la presse de 1881 aux services de communication au public en ligne. L'expression publique électronique relève donc dans son ensemble de la «presse». Mais le choix d'une telle option n'a pas les implications qu'il aurait en droit belge, dans la mesure où il n'emporte pas l'application d'un principe général d'interdiction de la censure. En revanche, l'extension du régime juridique de la presse aux communications publiques électroniques contribue à la sécurité juridique et la régulation de ces communications, en ce que qu'il dresse le cadre juridique présidant aux restrictions pouvant y être apportées. L'extension de ce régime juridique implique que s'appliquent aux discours électroniques les obligations et les délits prévus par ces législations, en ce compris la désignation des personnes responsables de l'exécution de ces obligations (obligations de déclaration, qualité de directeur de publication responsable, délits de calomnie et diffamation, droit de réponse ...).

92. Voy., en ce sens, Y. POULLET, *op. cit.*, p. 404, n^{os} 15 et s.

93. Voy., à ce sujet, K. LEMMENS, «Les publications sur la Toile peuvent-elles constituer des délits de presse?», *op. cit.*, p. 87.

rapport au critère du support, en vue d'adapter son système de régulation.

Le régime très protecteur de la liberté de presse est le produit d'un type de presse qui était en effet caractérisé par son contenu, en ce qu'elle servait la critique citoyenne du pouvoir, qu'elle avait généralement pour cible. Le Constituant n'avait en effet pas oublié *les condamnations encourues par les écrivains patriotes, le rôle prépondérant que les journaux avaient joué dans les événements précurseurs de la révolution*⁹⁴, ainsi que les contrôles préalables diligentés durant les régimes de Napoléon et de Guillaume d'Orange à l'encontre d'une presse qui lui était hostile. L'interdiction de la censure et la compétence du jury populaire étant ainsi destinées à préserver la fonction démocratique de la presse, en ôtant des mains du régime les moyens par lesquels il empêchait toute critique à son encontre ou en soumettait les auteurs à des mesures de rétorsion sous forme de condamnations pénales.

La presse du XXI^{ème} siècle est évidemment beaucoup plus polymorphe : elle a cessé d'être l'entreprise de quelques esprits frondeurs ou dissidents⁹⁵ pour devenir également le fait de n'importe quel citoyen.

Les sujets traités par la presse se sont également diversifiés. Le déploiement du recours à l'action civile (que le Constituant n'avait pas songé à encadrer de la même manière que l'action pénale, car le pouvoir, cible de la presse, utilisait la voie répressive pour s'en protéger⁹⁶) est notamment le reflet

de cette diversification des contenus. N'est-il pas ironique de constater à cet égard que la première mesure judiciaire ordonnant le retrait d'une publication en ligne était adressée à un pouvoir public, suite à la requête d'un particulier⁹⁷ ?

Dès lors, ne serait-il pas pertinent de s'inspirer de la nature de cette presse, à laquelle songeait le Constituant, afin de circonscrire le champ d'application de cette protection maximale qui consiste à s'abstenir de toute ingérence alors qu'est toujours exercée sa fonction critique ? Ainsi, « il est possible, probable même que le Congrès national, si la question eût été soulevée en 1830, se serait refusé à accorder des garanties spéciales à l'auteur d'imputations exclusivement dirigées contre la vie privée des citoyens »⁹⁸.

Une modulation du principe de l'interdiction de la censure selon le domaine dans lequel elle est sollicitée a déjà été suggérée⁹⁹.

La notion de presse, telle qu'elle émane de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, pourrait inspirer une interprétation de ce type de l'article 25 de la Constitution.

Bien que la lettre même de la Convention ne réserve pas à la presse de protection propre, il émane de la jurisprudence de la Cour une définition qualitative de la presse et un régime propre, au travers des devoirs qui lui incombent, devoirs auxquels est subor-

94. J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 2^e éd., Bruxelles, Buylant-Christophe & Cie, 1876, p. 73.

95. P. MARTENS, *op. cit.* ; voy. égal., à ce sujet, J. MORANGE, « La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression », in *Mélanges en Hommage au Doyen Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1247-1263.

96. J.-J. THONISSEN, *op. cit.*, p. 82.

97. Civ. Bruxelles (réf.), 2 avril 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1072.

98. Voy. J.-J. THONISSEN, *op. cit.*, p. 86.

99. P. MARTENS, *op. cit.*, p. 346 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu*, *op. cit.*, p. 143.

donnée la protection accrue que la Cour lui reconnaît.

Ainsi, d'une manière générale, le degré de protection de la liberté d'expression croît en effet avec la pertinence du discours pour une société démocratique¹⁰⁰.

La « presse » à laquelle correspond une protection d'intensité maximale dans le régime général de la liberté d'expression prévu par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue cet exercice de la liberté d'expression qui se définit par le fait qu'il satisfasse à des obligations en termes de contenu et de qualité informative de ce contenu.

C'est ainsi qu'en contrepartie de la responsabilité qui lui incombe de servir l'intérêt public et d'apporter une contribution au débat d'intérêt général en *jouant son rôle indispensable de « chien de garde »*¹⁰¹, un degré maximal de protection est garanti à la presse qui participe ainsi au débat politique¹⁰². Sur base de ce fondement, la Cour européenne des droits de l'homme estime donc que: « l'article 10, § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général »¹⁰³.

La presse, telle qu'elle émane de la jurisprudence de la Cour, est en définitive définie par des responsabilités en termes de contenu ainsi que par des libertés accrues, destinées les unes comme les autres à servir cette fonction de *chien de garde* qui est la sienne.

Concentrer dès lors la protection constitutionnelle accrue, et en particulier l'interdiction de censure, à la presse ainsi définie, permettrait ainsi d'en préserver la finalité tout en se réservant les moyens de désarmer les nombreux discours illégitimement préjudiciables que l'accessibilité du nouveau média électronique peut véhiculer. En se fondant sur cette hiérarchisation de l'intensité de la protection des discours selon leur fonction d'information sur des sujets d'intérêt général, ainsi que selon la qualité du processus éditorial qui préside à leur expression, le juge pourrait réserver la protection accrue que constitue le principe d'interdiction de la censure à une presse ainsi définie. Ne bénéficieraient de cette protection que les discours publics *écrits imprimés, audiovisuels ou électroniques*, relatifs à de tels sujets et manifestant une certaine démarche de rigueur de leur auteur quant à la réalité des faits qu'ils énoncent (sans quoi, leur qualité informationnelle fait défaut, rendant ces discours inaptes à assumer ce rôle de *chien de garde* auquel est conditionnée la protection maximale réservée à la presse).

Alternativement, les discours publics ne présentant pas ces qualités se verraient, quant à eux, protégés simplement par le régime de la liberté d'expression et en conformité avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Un tel recentrage du degré de protection de la liberté d'expression autour du critère de la nature des discours et de leur qualité permettrait également de rationaliser le recours à l'article 1382, de manière à éviter l'écueil de

100. Voy. K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu*, op. cit., p. 143.

101. Cour eur. D.H., *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 novembre 1991, § 59.

102. A. DEBET, op. cit., pt 16.

103. Entre autres, Cour eur. D.H., *Lingens c. Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986, § 42; Cour eur. D.H., *Castells c. Espagne*, arrêt du 23 avril 1992, § 43.

l'imprévisibilité de l'ingérence fondée sur la responsabilité civile, dans ce nouveau contexte caractérisé par une méconnaissance par les usagers d'Internet des règles qui devraient présider à leur activité.

Comme précédemment évoqué, le degré de protection de la liberté d'expression, en ce compris la rigueur de l'exigence de qualité de la loi prévoyant l'ingérence, varie avec la nature politique du discours.

Ainsi, en l'absence de standards de comportement intériorisés par l'internaute, l'exigence de prévisibilité de l'ingérence fondée sur la responsabilité civile serait plus ou moins strictement mise en œuvre, selon la pertinence du discours pour le débat politique.

En effet, « lorsque les informations fournies relèvent du plan personnel, les restrictions à la liberté d'expression appellent une interprétation plus large »¹⁰⁴.

Ainsi, face à un discours pourvu d'une telle pertinence, les restrictions à la liberté d'expression doivent être interprétées restrictivement. Les critères

de la faute seraient dès lors mis en œuvre de manière très stricte, afin que l'ingérence ne soit pas viciée du défaut d'imprévisibilité. Plus spécifiquement, l'absence de standards de comportement applicables au cas d'espèce, et auxquels l'internaute aurait pu se référer afin de prévoir les conséquences pouvant découler de son activité, sera ainsi susceptible de faire obstacle à la faute. Tel serait le cas d'intervenants (blogueurs, titulaires de sites ou autres participants à des forums de discussion), qui, contrairement aux journalistes professionnels, sont dépourvus d'une quelconque éducation aux médias, ne sont pas ou peu conscients des limites à ne pas dépasser et n'ont pas été initiés à cette science de la proportionnalité qui permet d'équilibrer atteinte à la vie privée et apport au débat démocratique. En revanche, en présence d'un discours dépourvu d'une telle pertinence, les restrictions à la liberté d'expression pouvant appeler une interprétation plus large, la responsabilité civile pourrait être mise en œuvre plus souplesment, la faute pouvant plus aisément être constituée, et permettre de la sorte au juge d'accorder les soins nécessaires à la préservation de l'intérêt légitime concurrent.

104. Cour eur. D.H., *Société Prisma Presse*, déc. du 1^{er} juillet 2003.